Das Rescript bezog sich mithin auf ein eigenthümliches Gewohnheitsrecht zu Corduba, und hat also nie eine allgemein gültige Kraft gehabt. Um so weniger scheint daher die in ihm verfügte Bestimmung gegenwärtig noch anwendbar zu seyn, als auch in andern Staaten, in denen das Justinianische Rechtsbuch recipirt worden ist, jenes Rescript als durchaus ungültig angesehen wurde. So z. B in Frankreich. Wiewohl nämlich Gothofredus [11]) bezeugt, daß sich in der Consuetudine Rupellana Art. 46. eine ähnliche Verfügung befinde, wodurch bestimmt werde: mulierem post mariti obitum inter caetera sibi habere quod donato accepit pro jure osculi (pour son *ousclage*), so bezeugt doch Buygnon [12]), daß die c. 16. C. V. 3. *de donatt. ante nupt.* niemals in Frankreich gegolten habe, und an ihrer Anwendbarkeit in Deutschland läßt sich um so mehr zweifeln, als die deutschen Rechtsparömien: Küssen ist nur ein Abwischen u. s. w., derselben offenbar widerstreiten.

XV.

Beiträge zum Wasser-Recht.

Von Hrn. Dr. Gottlob L. Funke, Advocaten in Chemnitz.

Die Ansichten der Rechtslehrer über das Wasser-Recht sind sehr verschieden; ein sicherer Beweis, daß diese Lehre der Berichtigung noch fähig ist. Bei näherer Prüfung der Quellen schien es mir, als hätten die einschlagenden Rechtsgrundsätze oft nicht die gehörige Sonderung, und richtige Anwen-

11) Ad c. s. C. Theod. III. s.

12) Loix abrogées en France. Livr. IV. chap. 33.

dung, und die sehr verschiedenartigen Sachverhältnisse in der Regel nicht die gehörige Berücksichtigung gefunden; und so führte mich diese Prüfung zu mehr oder weniger abweichenden Ansichten, die ich mittheile, weil auch ein kleines Scherflein nicht zu verschmähen ist, wenn es einer Lehre gilt, die von so hohem practischem Interesse ist, wie das Wasser-Recht [1]).

I.

Ueber Flüsse.

1.

Der Sachsenspiegel [2]) bezeichnet Flüsse, welche **stromweise** fließen, als **gemeine**, und gesteht Jedem das Recht zu in einem solchen zu fischen und auf demselben zu fahren. Am nämlichen Orte erklärt derselbe das Fischen in fremdem Wasser, an wilder Woge und in gegrabenen Teichen für verboten, und man muß um so mehr annehmen, daß derselbe an diesen wilden Wässern, unter welchen, als Gegensatz von den Strömen und Teichen, unstreitig wohl namentlich die kleinen Flüsse und die Bäche zu verstehen sind, den angrenzenden Besitzern ein Eigenthumsrecht zugestehe, da in den ältern Urkunden aquarum decursus [3]) immer als Zubehör von den Grundstücken bezeichnet werden.

Das **römische Recht** unterscheidet zwischen flumen publicum und privatum, und zwischen flumen und rivus [4]).

---

1) Zugleich mag dieser Aufsatz zum Theil als Berichtigung und weitere Ausführung der von mir in meiner Schrift: die Lehre von den Pertinenzen, aus der Natur der Sache und dem römischen Rechte, mit Rücksicht auf das heutige Maschinen-Wesen, entwickelt, Chemnitz 1827, diesfalls angedeuteten Grundsätze dienen.

2) Landr. II. 28.

3) Ueber diese vergl. man *C. G. Biener*, de natura et indole domin. interritoris Germ. Hal. 1780.

4) L. 1. §. 1. 3 u. 4. D. de flumin. (43. 11.) L. 1. §. 1 u. 2. D. ut in flumin. publ. nav. liceat. (43. 12.)

Zweifelhaft ist es aber, worin eigentlich der Unterschied zu suchen sey. Nur zwei Stellen bezeichnen jenen Unterschied näher. Die eine lautet so: flumen a rivo magnitudine discernendum aut existimatione circumcolentium [5]). Die andere so: fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit; haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis [6]); das flumen perenne wird aber als ein flumen quod semper fluit beschrieben, im Gegensatze vom flumen torrens, id est hyeme fluens [7]). Da nun sonach nicht jedes *aqua* semper fluens flumen publicum seyn soll, sondern nur jedes *flumen* semper fluens, und da rivus ausdrücklich als verschieden vom flumen und torrens, im Gegensatze von flumen publicum, bezeichnet wird; so muß man nothwendig auf der einen Seite zwischen rivus und flumen, und auf der andern zwischen torrens und flumen unterscheiden, und kann also auch nicht davon ausgehen, daß jedes beständig fließende Wasser als flumen publicum zu betrachten sey [8]). Vielmehr ist nach rö-

---

5) L. 1. §. 1. D. de flumin. (43. 11.)

6) L. 1. §. 3. eodem. Auch *Paulus* bezeichnet flumina publica als solche quae fluunt. L. 3. eod.

7) L. 1. §. 2. eod. Daß die Römer auch nicht eigentliche Flußwasser flumina nannten, geht auch aus L. 1. §. 23. D. de aqua et aq. pluv. (39. 3.) hervor, wo flumen blos im Allgemeinen Gewässer bedeutet. Auch L. 2. §. 9. eod. unterscheidet flumen und torrens; doch ist hier flumen wie in der L. 1. §. 23. eod. von einem Wasserzusammenflusse, nicht von einem Flusse zu verstehen.

8) Auch bestätigt sich dies dadurch, daß nach L. V. §. 5. D. de aq. quotid (43. 20.) nulla alia aqua duci potest, quam quae perennis ist, und daß nach L. 9. D. de serv. praed. rust. (8. 3): servitus aquae ducendae vel hauriendae nicht blos ex capite et fonte, sondern ex quocunque loco soll constituirt werden können; indem aus ersterm folgt, daß auch aqua

mischem Rechte nur das fließende Wasser ein öffentlicher Fluß, welches entweder seiner Größe wegen unbedingt für einen Fluß zu halten ist, oder von den Angrenzenden als ein solcher bezeichnet wird, je nachdem die Größe dies von selbst außer Zweifel setzt oder nicht. Auf diese Art lassen sich jene beiden Stellen in einen natürlichen Einklang bringen, wogegen sie im Widerspruche mit sich selbst stehen würden, wenn man das perenne, welches als Merkmal für flumen publicum angegeben wird, allgemein von jedem fließenden Wasser verstehen wollte. Auch erklärt es sich auf diese Art recht wohl, wenn es in den Institutionen [9]) heißt: flumina omnia, und in den Pandecten [10]): flumina pene omnia publica esse; denn flumen publicum muß hier im Gegensatze vom torrens gedacht werden, und flumina torrentina gab es natürlich nur wenige, daher die Institutionen ihrer gar nicht gedenken, alle flumina, sc. perennia, als publica bezeichnend, und die Pandecten solches durch ein pene andeuten. Wie groß aber die Römer sich ein einfließendes Wasser dachten, um es als Fluß zu bezeichnen, und somit als flumen publicum gelten zu lassen, darüber findet sich nichts Näheres im römischen Rechte vor. Indeß muß man wohl annehmen, daß sie auch kleinere fließende Wasser zu den Flüssen zählten. Denn nicht nur, daß sie auch nicht schiffbare dahin rechneten [11]), und daß rivus von den Grammatikern nur als

perennis Privatwasser seyn können, und aus letzterem, daß auch der Abfluß des Wassers als ein solches zu betrachten sey, da unter quocunque loci im Gegensatze von caput aquae und fons wohl nur der Abfluß zu verstehen seyn kann. Dennoch ist in den v. Bülow und Hagemannschen Erörterungen (I. 3.) das Gegentheil vertheidigt. Man vergl. dagegen *C. Fr. Günther*, quaestionum de jure aquarum specium. I. Lips. 1826.

9) §. 2. I. de rer. div. (2. 1.)

10) L. 4. §. 1. D. de div. rer. (1. 8.)

11) L. 1. §. 12. u. 18. D. de flumin. (43. 11.) L. 2. eod. L. 1. §. 2. D. ne quid in flum. publ. (43. 12.)

tenuis aquae fluor bezeichnet wird [12]); es finden sich auch sonstige Bestimmungen vor, welche darauf hindeuten, wohin ich nämlich diejenigen rechne, welche die Art und Weise vorschreiben, wie man nicht über flumina publica soll verfügen können. Denn es sprechen die Gesetze nicht nur davon, daß nichts im oder am öffentlichen Flusse vorgenommen werden dürfe, wodurch der Lauf des Wassers verändert und langsamer, seichter oder reißender werde [13]), — was doch bei einem größern Flusse auch an sich schon weniger zu fürchten gewesen wäre — sondern es verbieten dieselben sogar das derivare eines öffentlichen Flusses [14]) und solche Verrichtungen, wodurch der Fluß austrocknen könne [15]), und man muß sich diese Verbote um so mehr in Beziehung zu kleinern Flüssen denken, als sich dieselben hauptsächlich auf das Benutzen des Wassers zu Wasserleitungen und Wässerungen bezogen, die doch einem großen Flusse nicht so leicht wesentlichen Nachtheil hätten bringen können, sonstige Wasserbaue aber, besonders zu den Zeiten der erstern Kaiser, nicht eben sehr häufig seyn mochten [16]).

---

12) *Festus*, s. v. rivus.

13) L. 1. §. 12 u. 15 de flumin. (43. 11.) L. 1. §. 3. nequid in loco publ. (43. 12.)

14) L. 1. §. 22. de flumin. (43. 11.)

15) L. 2. D. de flumin. (43. 11.) L. 1. §. 4. 5. u. 7. D. ne quid in flum. publ. (43. 12.) titulus D. de aqua quotid. et aestiva. (43. 20.) L. 17. D. de serv. praed. rust. (8. 3.)

16) Waren doch selbst die Wassermühlen noch so wenig im Gebrauche, daß es nach *Sueton.* Caligula c. 39. an Brod fehlte, als unter diesem Kaiser das Vieh in den molis jumentariis zu andern Zwecken verwendet worden war; daher auch ihrer in den Titeln der Pandecten, welche sich auf flumina publica beziehen, nicht gedacht wird, und die ersten Gesetze erst von *Arcadius* und *Honorius* herrühren: L. 4. Cod. Theod. de can. frum. urb. Rom. vom Zeno erneuert in der L. 10. Cod. de aquae duct. (11. 42.)

Dies vom Unterschiede zwischen rivus, flumen publicum und flumen privatum nach römischem Recht [17]. Es fragt sich nun, welche Grundsätze sich über die rechtlichen Verhältnisse der Flüsse und Bäche in diesem Rechte vorfinden.

Alle Bestimmungen des römischen Rechts über die rechtlichen Verhältnisse der fließenden Wasser, beziehen sich blos auf die flumina publica und privata; über die rivos, als natürliche Bäche dagegen, gibt es, so viel mir wenigstens bekannt ist, dergleichen ausdrückliche nicht. Denn ist im römischen Recht vom rechtlichen Verhältniß eines rivus die Rede, so sind hierunter immer nur die, vermöge einer Servitut oder sonst, angelegten Wasserleitungen zu verstehen [18]. Auch von den fluminibus privatis, im Sinne des römischen Rechts, als temporäre Wasserströme, ist nur so viel angegeben: nil differre a ceteris locis privatis [19], daher es rücksichtlich dieser keiner besondern Erörterungen bedarf. Ueber die öffentlichen Flüsse dagegen enthält das römische Recht im Wesentlichen folgende Bestimmungen.

Im Allgemeinen zählt dasselbe die Flüsse den rebus pu-

---

17) Daß auch jedes fließende Wasser, welches auf öffentlichem Grund und Boden entspringt, ein öffentliches sey, dafür kann es an sich keinen rechtlichen Grund geben, und ein Gesetz, welches dies bestätigt, gibt es nicht. Die Meinung derer, die dies annehmen — und deren sind Viele — dürfte sich daher nicht rechtfertigen lassen. Eben so wenig kann darauf etwas ankommen, ob ein Strom den Staat durchfließe; sonst würde die Tiber kein öffentlicher Fluß gewesen seyn!

18) C. fr. titulus D. de rivis (43. 21) L. 11. pr. D. de aq. quotid. et aest. (43. 20.)

19) L. 1. §. 4 u. 10. D. de flumin. (43. 11.) Da nach dem, was angeführt worden ist, unter den fluminibus privatis durchaus nicht Bäche verstanden werden können; so läßt sich auch der Ausspruch: nil differere a ceteris rebus privatis auf diese keinesweges anwenden, wie es gleichwohl von Gesterding in diesem Archiv, Band. 3. p. 66. geschehen ist.

blicis bei [20]), und insbesondere verordnet dasselbe, wie schon angedeutet worden ist, daß nichts mit dem Flusse oder dessen Ufern vorgenommen werden dürfe, was dem öffentlichen Gebrauche desselben überhaupt, und namentlich der Schiffahrt und den angrenzenden und niedriger liegenden Grundstücksbesitzern nachtheilig sey, und daher namentlich nichts, was den Lauf des Wassers verändere, hemme, verenge, oder erweitere, so daß das Wasser reißender oder seichter werde, oder gar austrockne [21]). Insoweit dagegen aus der Benutzung des öffentlichen Flusses keiner dieser Nachtheile erwächst, insoweit darf sie allerdings erfolgen [22]), und namentlich ist es gestattet, Wasser aus einem solchen Flusse abzuleiten, wenn es ohne Nachtheil der Schifffahrt und Anderer geschehen kann [23]).

---

20) L. 2. §. 4. I. de rer. div. (2. 1.), und L. 4. §. 1. D. de div. rer. (1. 8.)

21) L. 1. pr. §. 12. 13. 14. 15. D. de flumin. (43. 11.), in welchen besonders die Schifffahrt berücksichtigt ist; L. 1. §. 12 u. 18. eod. L. 1. §. 2. D. ne quid in flum. publ. (43. 12.); welche überhaupt bestimmen, daß die diesfalsigen Interdicte auch auf nicht schiffbare Flüsse, und also im Allgemeinen anwendbar seyen; L. 1. §. 3. 4. 6 u. 7. D. eod. L. 1. §. 4. D. de ripa munienda (43. 15.), in welchen besonders die angrenzenden Grundstücksbesitzer berücksichtigt sind; L. 17. D. de serv. praed. rust. (8. 3.), nach welchen die Wässerungs-Nutzung nach Verhältniß der Grundstücke unter die Angrenzenden vertheilt werden soll.

22) L. 1. §. 12. D. de flumin. (43. 11.)

23) L. 2. D. eod. L. 3. §. 1 u. 2. D. aqua quotid. (43. 20.) L. 10. §. 2. D. de aqua et aqua pluv. (39. 3.) Das erstere Gesetz bestimmt zwar im Allgemeinen, daß aus einem schiffbaren Flusse oder aus einem solchen, wodurch ein anderer schiffbar werde, kein Wasser abgeleitet werden dürfe; allein das letztere macht die Einschränkung, daß die Schifffahrt nicht darunter leiden dürfe, und so ist wohl auch jenes Gesetz zu verstehen, zumal da nach L. 1. §. 3. D. ne quid influmin. publ. fiat quo aliter aqua fluat. (43. 12.) Dieses aliter ist nicht auf die Quantität

Die Anwendung aller dieser Bestimmungen hat jedoch ihre nicht geringen Schwierigkeiten, die namentlich darin liegen, daß die Art der Benutzung der Gewässer bei uns zum Theil eine andere ist, als in den jene Bestimmungen enthaltenden Gesetzen berücksichtigt ist. Will man daher alle diese Normen Sach- und Vernunftgemäß anwenden, so muß man mehr die wesentliche Tendenz derselben beachten, als sich jedesmal streng an die Worte binden, wenn der zu beurtheilende Fall nicht klar derselbe ist, von dem das Gesetz handelt. Die Tendenz jener Bestimmungen geht aber im Allgemeinen unstreitig nur dahin: eine solche Benutzung des Flußwassers zu verbieten, wodurch verhindert wird, daß der Fluß dem Gebrauche nicht entsprechen kann, den derselbe seinen natürlichen Verhältnissen nach an sich gewährt haben würde. Denn es gestatten dieselben den Gebrauch des Wassers, und zwar selbst einen die Quantität des Wassers verringernden, und es setzen dieselben den Grund ihrer Verbote in den Nachtheil, den die Schifffahrt, oder die Angrenzenden leiden; es können dieselben daher auch nur auf einen solchen Gebrauch bezogen werden, der wesentlich nachtheilig ist. Wenn daher z. B. Mühlenstreitigkeiten nach römischem Recht zu beurtheilen sind, und die häufig vorkommende Frage entsteht, ob und in wieweit der obere Müller Dämme und das Wasser anhalten dürfe, so muß man nicht eine specielle Entscheidung für diesen Fall in den Gesetzen suchen, sondern man muß aus der angegebenen Tendenz derselben den allgemeinen Grundsatz abstrahiren, daß der obere Müller das Wasser in soweit benutzen dürfe, als er dem untern dadurch keinen wesentlichen Schaden zufügt; hieraus aber folgt von selbst, daß er den Verhältnissen des Flusses angemessen und in dem Maaße dämmen dürfe, daß der niedere Müller dadurch nicht behindert wird, den Fluß zum Betriebe seiner Mühle zu benutzen, wenn ihm auch das

---

des Wassers, sondern nur auf den modum et rigorem cursus aquae zu beziehen.

Wasser auf eine Zeitlang zum Theil zurückgehalten wird. Denn wird dem niedern Müller kein Wasser entzogen, und wird der Lauf des Wassers nicht soweit gehemmt, daß derselbe solches nicht wenigstens durch eignes Dämmen oder sonst ausgleichen könnte, so kann man auch nicht annehmen, daß ihm durch das Dämmen des obern Müllers ein wesentlicher Schaden entstehe, indem er nur den Nachtheil trägt, der in den natürlichen Verhältnissen des niedern zum obern Flusse begründet ist. Wollte man dagegen die Bestimmungen der Quellen: daß nichts geschehen solle, quo cursus aquae impediatur [24]) aut mutetur [25]), ohne Rücksicht auf ihren Zusammenhang und Zweck wörtlich Anwendung finden lassen, so müßte man jedes Anhalten des Wassers als gänzlich verboten ansehen [26]).

2.

Dies die Bestimmungen des deutschen und römischen Rechts über die öffentlichen Flüsse, die wir haben vorausgehen lassen, um nun anschaulicher über das Verhältniß ihrer Anwendbarkeit handeln zu können.

Der ursprünglich in Deutschland rücksichtlich der Wasser obwaltende Rechtszustand, erlitt besonders seit Einführung des römischen Rechts und des damit verbundenen longobardischen Lehnrechts, nach welchem [27]) flumina navigabilia regalia seyn sollten, mannichfache Abänderungen, indem man die res publicas des römischen Rechts, und somit auch alle flumina publica, als Staatseigenthum betrachtete, und jene Stelle des Longobardischen Lehnrechts von der unbedingten Regalität der Flüsse verstand, obschon jenes dem Regenten nur ein Auf-

24) L. 1. §. 12. D. de flumin. (43. 11.)

25) L. un. D. ne quid in flumin. publ. (43. 12.)

26) Man vergl. Pfotenhauers Abhandlung: einige Begriffe und Grundsätze für Juristen, welche Mühlenprocesse zu beurtheilen haben in Zachariä's Annalen der Gesetzg. u. der Rechtswissensch. in Sachsen. Leipz. 1807. Bd. 2. Nr. XI.

27) II. 56.

sichtsrecht über die Flüsse[28], und dieses demselben nur das Recht, Zölle an Flüssen zu erheben, zugestand. So kam es, daß die größern Flüsse in der Regel in das völlige Staatseigenthum, und besondere Rechte an denselben durch Verleihungen häufig an Einzelne übergingen. An den kleinern Flüssen dagegen maßten sich die Guthsherrn oft wenigstens das Fischereirecht an[29].

Unter diesen Umständen nun entsteht die Frage: wie verhalten sich die gesetzlichen und herkömmlichen rechtlichen Verhältnisse zu einander?

Daß der unvordenkliche Besitzstand als entscheidend anzusehen sey, kann nicht zweifelhaft seyn[30]. Da jedoch jene Anwendung des römischen Rechts und jene Auslegung des longobardischen Lehnrechts irrig waren, so sind die durch sie herbeigeführten Veränderungen der ursprünglichen Rechtsverhältnisse, in sofern nicht Particulargesetze gewisse Bestimmungen diesfalls enthalten, als Erwerbung zu betrachten, und mithin zu erweisen. Die Präsumtion muß daher für den ursprünglichen Rechtszustand streiten[31], und diese Präsumtion muß sich selbst auf größere Flüsse beziehen, in soweit nicht die gemeinen Rechte dem Regenten besondere Befugnisse ausdrücklich einräumen; da die entgegenstehenden Ansichten nur auf den Meinungen älterer Rechtslehrer, oder auf particularrechtlichen Bestimmungen beruhen. Die Frage ist aber, wie sich das römische Recht zu dem ursprünglichen deutschen verhalte.

28) L. 1. §. 41 u. 42. D. de aq. quotid. (43. 20.) L. 2. D. de flumin. (43. 11.)

29) Man vergleiche hierüber allenthalben Eichhorns deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. I. §. 58. Bd. II. §. 362. Bd. III. §. 548. Desselben Einleitung in das deutsche Privatr. § 265. u. fg. Mittermaiers Grundsätze des allgem. deutsch. Privatrechts. Abth. II. §. 279

30) Thibaut, über Besitz und Verjährung. §. 75.

31) Das Gegentheil behauptet mit vielen Andern *Kind* quaest. for. tom. 1. p. 67. ed. 2.

Beide sind wohl als vereinbar anzusehen. Denn wenn es auch scheint, als erkläre der Sachsenspiegel nur größere Ströme für gemeine Flüsse [32]), so ist doch dieser Begriff zu unbestimmt, als daß man nicht denselben den römischen Bestimmungen accomodiren sollte [33]), die wenigstens etwas genauer sind; und man muß dies wohl um so mehr thun, je mehr Berücksichtigung das römische Recht in dieser Lehre stets gefunden hat. Sind aber hiernach die römischen Gesetze anwendbar, so geben die angedeuteten Rechtsverhältnisse für deren Anwendung folgendes Resultat.

Sind gewisse Flüsse durch Particulargesetze für öffentliche erklärt, so sind diese allerdings präsumtiv Staatseigenthum, weil anzunehmen ist, daß sie der herrschenden Idee gemäß abgefaßt sind. Dasselbe gilt natürlich von den Flüssen, welche factisch als Staatseigenthum behandelt werden. Die übrigen »Flüsse« dagegen sind als öffentliche im Sinne des Sachsenspiegels und des römischen Rechts zu betrachten. Denn die gemeinrechtlichen Bestimmungen sind durch ein Gesetz, welches gewisse Flüsse für öffentliche erklärt, an sich nicht für aufgehoben zu achten, und noch weniger vermögen Erwerbungen ohne Gesetz eine solche Wirkung zu äußern. Auf die öffentlichen Flüsse in diesem Sinne aber leiden die römischrechtlichen Bestimmungen Anwendung, wogegen die im Staatseigenthume befindlichen Flüsse schon der Natur der Sache nach im vollen Eigenthume des Staates sind. Auch dieser darf solche jedoch nur in soweit benutzen, als er ihnen dadurch die Eigenschaft als Fluß nicht entzieht; denn jeder Fluß ist

32) Zwar beschränkt derselbe überdies den Gebrauch der Flüsse nicht blos auf die Bürger eines gewissen Staats, sondern, wie das römische Recht, stellt denselben überhaupt Jedem frei; allein dies steht der Anwendung des letztern nicht entgegen, weil der Sachsenspiegel allgemeines deutsches Recht enthält, und Deutschland in dieser Hinsicht als eine Gesammtheit angesehen ward.

33) Mittermaier a. a. O. Abth. I. §. 3 u. 37.

als ein natürliches Ganze zu betrachten, an dessen Fortbestehen auch die andern Länder, welche derselbe durchströmt, ein Recht haben.

Von diesen Regeln können aber Ausnahmen durch Erwerbungen von Seiten Einzelner herbeigeführt werden, und zwar bei Flüssen, die im Staatseigenthume sind, auf dem Wege der affirmativen oder negativen Servitut, bei öffentlichen Flüssen im Sinne des römischen Rechts durch unvordenklichen Besitzstand.

II.
Ueber Bäche.

Aus dem Angeführten geht zugleich hervor, daß es zwar keine Privatflüsse gibt, daß aber das deutsche Recht die Bäche ein Eigenthum der angrenzenden Grundstücksbesitzer seyn läßt, und dasselbe gilt wohl auch vom römischen, da dieses die flumina perennia von den rivis unterscheidet, und nur jene für publica erklärt. Hieraus läßt sich jedoch keinesweges folgern, daß jeder Eigenthümer unbedingt darüber disponiren, und solche dem niedern Besitzer willkührlich entziehen dürfe. Denn die Natur der Sache bezeichnet den Bach, gleich dem Flusse, als ein natürliches Ganze. So wie daher die Flüsse der Benutzung aller Staatsbürger offen stehen, so bilden die Bäche gewissermaßen ein natürliches Gesammtguth aller angrenzenden Grundstücksbesitzer. Jeder derselben hat daher zwar ein Eigenthumsrecht an dem von seinem Grundstück eingeschlossenen Bache, oder, dafern dieses nur einseitig grenzt, an der Hälfte desselben; es ist jedoch dieses Eigenthumsrecht ein beschränktes, denn er darf nur in soweit darüber verfügen, als er dadurch dem Bache die ihm als solchem zustehenden natürlichen Eigenschaften nicht entzieht [34].

---

34) Als ein Miteigenthum oder Mitbenutzungsrecht, wie das Recht an solchen Bächen von Einigen genannt zu werden pflegt, möchte ich dasselbe nicht bezeichnen; denn es tritt keine

Der Unterschied zwischen einem öffentlichen Flusse und einem Bache ist daher allerdings immer noch sehr wesentlich. Denn ein öffentlicher Fluß kann überall von Jedem benutzt werden, ein Bach dagegen muß als im ausschließlichen Eigenthum der angrenzenden Grundstücksbesitzer befindlich angesehen werden; weil er der Natur der Sache nach Theil oder Zubehör vom Grundstück ist, und kein Gesetz ihm diese Eigenschaft genommen hat; ein Fremder darf daher auch ohne Erlaubniß etwas auf oder in demselben innerhalb des Gebietes der Eigenthümer nicht vornehmen. Ist aber anzunehmen, daß der Bach im übrigen der Analogie der öffentlichen Flüsse folgt, weil die Natur der Sache und die Rechte aller Angrenzenden an ihn, als ein natürliches Ganze, es erfordern, daß der Bach ein solches bleibe; so sind auch die Grundsätze analog auf die Bäche anzuwenden, welche das römische Recht rücksichtlich der öffentlichen Flüsse festsetzt, in soweit sie sich auf die Disposition über den Lauf derselben, und nicht auf die eigenthümliche Eigenschaft derselben als öffentliche Flüsse, z. B. auf das Recht, denselben zu befischen und zu befahren, beziehen; und diese Anwendung muß um so mehr Platz greifen, als diese Grundsätze gewissermaßen nur zufällig — weil sie bei Gelegenheit der nur die öffentlichen Flüsse angehenden prätorischen Edicte aufgestellt wurden — zunächst nur diese angehen [35]).

Diese Verhältnisse, wie sie an sich rechtlich sind, können aber namentlich durch Erwerbung besonderer Rechte, auf der einen oder der andern Seite, Aenderungen erleiden, und diese Erwerbung geschieht auf demselben Wege, wie sonst Servi-

---

communio ein, sondern es kann Jeder den Bach nur da benutzen, wo er sein Grundstück durchströmt.

35) Der entgegengesetzten Meinung ist namentlich Gesterding in diesem Archive, Bd. 3. S. 60, welcher die Bäche im unbeschränkten Eigenthum seyn läßt; allein weder von einem Gesetze, noch von der Natur der Sache unterstützt.

tuten begründet werden. Es kann daher der obere Grundstücksbesitzer ein höheres Benutzungsrecht gegen den niedern Grundstücksbesitzer erwerben, als ihm an sich zusteht, oder auch seine natürlichen Rechte an dem Bache zum Besten des niedern Besitzers aufgegeben, oder dadurch, daß dieser gewisse Handlungen verbietet, und er sich dabei beruhigt, verlieren [36]).

III.

Ueber Quellwasser.

1.

Unbestreitbar ist es, daß Quellen und Quellwasser an sich dem zugehörig sind, auf dessen Grund und Boden sie entspringen. Dies liegt nicht nur in der Natur der Sache, und bestätigt sich nicht nur durch die Lehre von den servitutibus rusticis, sondern es sind auch nicht wenige ausdrückliche Gesetze im römischen Recht vorhanden, welche dies bekräftigen [37]). Sonach läßt sich auch nicht daran zweifeln, daß an sich dem Eigenthümer eine völlig freie Disposition über das Quellwasser zustehen müsse. Eine nähere Beleuchtung verdient dagegen die Frage: in wiefern durch den bloßen Abfluß des Quellwassers auf benachbarte Grundstücke, deren Besitzern ein Recht auf diesen Abfluß zu Theil werde? eine Frage, die ungemein practisch, und gleichwohl bisher nicht gehörig gewürdigt worden ist.

Soviel ist als ausgemacht anzunehmen, daß Jedem, auf dessen Grund und Boden eine Quelle entspringt, an sich freistehe, dieselbe zu fassen, und somit deren Ablauf zu verhin-

---

36) So gäbe es denn allerdings auch negative servitus praediorum rusticorum. Man vergl. Glück's Commentar. Bnd. 9. S. 30. fg.

37) L. 11. pr. D. quod vi aut clam (43. 24.), wo aqua viva als portio fundi bezeichnet wird. L. 24. §. 12. D. de damn. insert. (39. 2.) L. 21. D. de aq. et aq. pluv. (39 3.) L. 10. Cod. de serv. et aq. (3. 34.)

dern. Dieses Recht fließt aus dem Eigenthumsrechte von selbst. Eben so gewiß ist es, daß die Besitzer der niedriger liegenden Grundstücke den natürlichen Ablauf des Quellwassers dulden müssen[38]), oder auch sich ein Recht auf den Ablauf durch eine Wasserleitungs-Servitut erwerben können. Allein wie dann, wenn nichts geschehen ist, als daß das Quellwasser seit rechtsverwährter Zeit, oder gar seit Menschen Gedenken, auf oder über benachbarte Grundstücke abgelaufen ist? Begründet dies allein ein Recht für deren Besitzer darauf, daß dieser Ablauf auch ferner bestehen müsse, und daß somit der Eigenthümer des Grund und Bodens, auf welchen die Quelle entspringt, demselben nicht hinderlich seyn dürfe?

Die Fälle, welche hierbei Statt finden können, sind sehr verschieden, und diese Verschiedenheit muß nothwendig einen wesentlichen Einfluß auf die diesfallsigen rechtlichen Verhältnisse äußern. Denn das Quellwasser bildet entweder den Anfang eines Baches, oder eines in gleichem Verhältniß stehenden Grabens, oder es läuft in einen bereits bestehenden Bach oder Graben, oder in einen Teich, bald mehr, bald weniger Grundstücke durchlaufend, ab, oder es nimmt seinen Lauf ohne bestimmtes Ziel auf die benachbarten Grundstücke. Sucht man in der Natur der Sache Aufschluß über diese verschiedenartigen Verhältnisse, so überzeugt man sich, daß, wenn der Bach selbst in der angegebenen Maaße im beschränkten Eigenthume der angrenzenden Grundstücksbesitzer sich befindet, eine solche Beschränkung auch rücksichtlich des den Anfang eines Baches begründenden Quellwassers eintreten müsse, daß man aber im Uebrigen die rücksichtlich der Servituten obwaltenden Grundsätze ins Auge zu fassen habe. Denn ist das Quellwasser an sich ein Eigenthum dessen, auf dessen Grund und Boden es entspringt, so folgt hieraus von selbst, daß, wenn nicht, wie bei Bächen und Flüssen, die Natur der

38) L. 1. §. 22 u. 23. D. de aq. et aq. pluv. (39. 3.)

Sache ein Anderes erheischt, ein Recht an ein solches Quellwasser nur auf demselben Wege erlangt werden könne, wie man sonst Rechte an fremden Sachen dieser Art erwirbt. Hiernach aber ist es offenbar, daß der bloße Ablauf des Wassers an sich, dem Besitzer des niedrigern Grundstückes kein Recht begründen könne. Denn eine affirmative Servitut setzt ein Leiden des dienenden Grundstücks und die Erwerbung derselben, ohne ausdrückliche Constituirung, eine begründende Handlung des Eigenthumes vom herrschenden Grundstück auf dem dienenden voraus; eine negative Servitut aber erfordert ein Nichtthun vom Besitzer des leidenden Grundstücks und deren Erwerbung ein Verbieten der entgegenstehenden Handlung von Seiten des Erwerbenden und ein Beruhigen vom Gegentheile; von allem diesem aber ist beim bloßen Ablaufe des Wassers nichts zu finden, es mag dieser in einem durch die Natur oder vom Eigenthümer des Quellwassers gebildeten Graben, oder ohne einen solchen Statt finden. Sonach also kann an sich die Beurtheilung der Frage: in wieweit der bloße Ablauf des Wassers Rechte für den Besitzer der Grundstücke, auf welchen dieser erfolgt ist, begründe, nur davon abhängen: ob und unter welchen Bedingungen durch diesen Abfluß eine Beschränkung des Eigenthums am Quellwasser herbeigeführt werde. Eine solche greift aber nur dann Platz, wenn der Wasserlauf als ein selbstständiges Ganze zu betrachten ist, an welchem, als solchem, mehrern Grundstücksbesitzern Rechte zustehen. Ein solches Ganze kann man aber nur als vorhanden annehmen, wenn der Wasserlauf von der Quelle an, einen förmlichen, sich mehr und mehr vergrößernden Graben oder Bach dargestellt bildet, daß er nicht blos als Ablauf des Quellwassers nach einem nahen Ziele anzusehen ist. Denn läuft das Quellwasser ohne besonderes Bette ab, oder läuft dasselbe zwar in einem bestimmten Bette, aber nur durch das nächste Grundstück,

oder zwar durch mehrere Grundstücke, aber so, daß die ganze diesfalsige Rinne nur das ablaufende Quellwasser enthält und abführt; so ist es nicht als einem solchen selbstständigen und gemeinschaftlichen Graben oder Bache angehörig zu betrachten, sondern es ist blos Ausfluß der Quelle, und gehört mithin dieser an. Dasselbe gilt auch, wenn es in einen Teich, oder in einen bereits bestehenden solchen Graben oder Bach abläuft, dafern nicht jener als erweiterter Bach anzusehen ist, — was sich daraus abnehmen läßt, wenn er einen perennirenden Abfluß hat, der wesentlich durch jenen Zufluß besteht, — und dafern nicht diese zugleich wesentlich durch den Zufluß des Quellwassers gebildet werden [39]). Hat aber der Besitzer des Grundstückes, auf oder durch welches das Quellwasser abläuft, durch den Abfluß kein Recht auf das fernere Bestehen desselben erlangt, so versteht es sich von selbst, daß in einem solchen Falle der Eigenthümer des Quellwassers auch den ferneren Ablauf desselben hindern und zurückhalten könne, wenn auch der Besitzer des niedrigern Grundstücks dasselbe, nachdem es auf dieses abgeflossen war,

---

39) Bleibt das Quellwasser auf den Grundstücken, wo es entspringt, ohne ein fremdes Grundstück zu erreichen, so versteht es sich von selbst, daß es im unbeschränkten Eigenthume des Besitzers jener Grundstücke ist, wenn es nicht seinen Abfluß in einem dieselben durchströmenden Bach oder durch einen auf denselben befindlichen Teich hat, und sich zu jenem oder diesem so verhält, wie im Texte angegeben; denn in diesem Falle würde das Eigenthumsrecht an dem Quellwasser ein beschränktes seyn, obschon es noch auf dem Grundstück selbst aufhört Quellwasser zu seyn. Man kann daher nicht jedes Wasser, welches nur eines Privatmannes Besitzungen durchfließt, deshalb schon als einen der völlig freien Disposition unterworfenen Privatfluß ansehen, wie Viele thun. Man vergl. Bülow und Hagemanns Erörterungen a. a. O.

für sich benutzt hatte, — wodurch er natürlich auf das fremde Grundstück kein Recht erwerben konnte — und wenn er auch Schaden durch das Zurückhalten erleiden sollte.

2.

Dieß die Grundsätze, wie sie mir in der Natur der Sache begründet zu seyn scheinen. Ich habe sie vorausgehen lassen, weil die Bestimmungen, welche das römische Recht hierüber enthält, nur sehr dürftig sind, und, von einem unrichtigen Gesichtspunkte aus aufgefaßt, leicht zu irrigen Anwendungen führen.

Nimmt man die Sache genau, so sind es nur folgende zwei Hauptgrundsätze, welche das römische Recht aufstellt: man darf auf seinem Grundstück Vorrichtungen treffen, durch welche das auf demselben entspringende Quellwasser auf das niedriger liegende fremde Grundstück abzulaufen verhindert wird, wenn dessen Eigenthümer nicht ein entgegengesetztes Recht erworben hat [40]; und, man darf selbst solche Vorrichtungen auf dem seinigen treffen, wodurch dem Nachbar das

---

40) L. 10. Cod. de serv. et aqua (3. 34): si hoc minimo probetur (sc. servitutem aquae ducendae deberi.), loco proprio facto opere dominus contineri aquam et facere, quo minus ager tunc irrigari possit, non prohibetur; L. 2. §. 13. ne quid in loco publ. (43. 12.): si quid in loco publico aedifi, cavero ut ea, quae ex meo ad te nullo jure defluebant, desinant fluere, interdicto me non teneri, Labeo putat. Diese Grundsätze bestätigen sich übrigens auch dadurch, daß nach klaren römischen Gesetzen jeder Grundstücksbesitzer Vorrichtungen treffen durfte, um den Ablauf des auf seinem Grundstück befindlichen Regenwassers zu verhindern; L. 1. §. 11 u. 21. D. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3.), denn Regenwasser steht, wenn es auf ein Grundstück gefallen ist, mit dem Quellwasser in fast gleicher Kategorie.

auf dessen Grundstück entspringende Wasser durch das Abgraben der Adern desselben entzogen wird [41]). Denn prüft man die übrigen scheinbar hierher gehörigen, und von Vielen hierher gezogenen Gesetze näher, so muß man sich überzeugen, daß sie auf die angedeuteten Verhältnisse keine Anwendung leiden können, indem sich dieselben vielmehr theils auf die Servituten-Lehre und namentlich auf die servitus aquae ducendae, theils auf die Verbindlichkeit der Besitzer niederer Grundstücke, das natürlich ablaufende Wasser aufzunehmen, beziehen. Denn wenn es in der L. 7. Cod. de serv. et aqua (3 34.) heißt: si manifeste doceri possit, jus aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis, utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, procurator noster ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur, providebit, so scheint zwar in diesem Gesetze vetus mos und forma den Entscheidungsgrund abgegeben zu haben, und somit dasselbe auf jedes seit Jahren auf eine bestimmte Art abgeflossenes Wasser bezogen werden zu können [42]). Allein diesem ist

---

41) L. 21. D. de aqua et aq. pluv. (39. 3.) si in meo aqua erumpat. quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris, et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod viant clam teneris. L. 1. § 12. eod deinde Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, L. 24. §. 12, und L. 26, D. de damn. infecto. (39. 2) Sehr mit Unrecht sind diese Gesetze von Vielen auch benutzt worden, um aus ihnen ein unbeschränktes Eigenthumsrecht über Privatflüsse zu entlehnen, da sie doch sämmtlich offenbar nur auf eigenthümliches Quellwasser gehen.

42) So wird sie namentlich erklärt in der den Bülow u. Hagemannschen Erörterungen, Thl. I. Erört. 3. S. 59. der

nicht so. Offenbar bezieht sich dieses Gesetz vielmehr blos auf die durch Verjährung begründete Servitut der Wasserleitung. Denn nicht nur, daß dies schon daraus abzunehmen ist, daß sich dasselbe im Titel des Codex de servitutibus, welcher größtentheils ausdrücklich von der servitus aquae ducendae handelt, vorfindet, und daß sie selbst ausdrücklich ein jus aquae sc. ducendae [43]) voraussetzt; es bestätigt sich die angegebene Beziehung auch dadurch, daß in der L. 1. Cod. eod. die vetus forma ausdrücklich dadurch erklärt wird, daß longa temporis consuetudo — welche unbezweifelt von zehnjähriger Verjährungszeit zu verstehen ist — vicem servitutis abgebe [44]). Eben so wenig kann ferner L. 2. Cod. de leg. Aquil. (3. 35.), welche so lautet: quinetiam si aqua per injuriam alio derivata sit, ut in priorem statum restituatur, ejusdem judicis cura impetrabis auf jedes fließende Wasser oder auf die Zurückhaltung eines bisher abgelaufenen Quellwassers bezogen werden. Denn es setzt dieses Gesetz nothwendig entweder ein eigenthümliches Quellwasser oder eine Wasserleitung [45]) voraus, da dies nicht nur der Ausdruck per injuriam und der Zusammenhang mit

---

2n Ausg., und in den Hagemannschen Erörter. Bd. 7. Erörter. 65.

43) Wie häufig, z. B. L. 9. §. 2. D. de. aq. et aq. pluv. (39. 3.)

44) So auch in der L. 10. D. si servit. vind. (8. 5.) si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est. Man vergleiche Glück's Commentar, Thl. 9. §. 629. S. 115 u. fg., und Tibaut in diesem Archiv, Bd. 5. S. 327.

45) In der L. 27. §. 32. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) ist ausdrücklich vom diruere aquae ductus die Rede, und gleiche Bewandniß hat es unstreitig auch mit obiger Stelle.

der im nämlichen Gesetze verhandelten Zerstörung eines eigenthümlichen Hauses, sondern auch der Umstand beweiset, daß sich dieses Gesetz auf die actio legis Aquiliae bezieht, die nur dem Eigenthümer, oder dem, der ein jus in re hatte, zustand [46]). Wenn es hiernächst in der L. 6. Cod. de serv. et aq. (3. 34.) heißt: Praeses provinciae usu aquae, quam ex fonte juris tui profluere allegas, contra statutam consuetudinis formam carere te non permittet, so könnte es zwar scheinen, als wäre e contrario hieraus zu schließen, daß, wenn der Eigenthümer des Quellwassers dasselbe bisher entbehrt hätte, und es also frei abgelaufen wäre, er keinen Schutz gefunden haben würde. Allein betrachtet man dieses Gesetz in seinem ganzen Zusammenhange, so überzeugt man sich, daß dasselbe vielmehr die freie Disposition über den Ablauf des Quellwassers begünstigt. Denn nicht nur, daß aus dem Zusatze: contra statutam consuetudinis formam nicht gefolgert werden kann, daß anders zu entscheiden gewesen wäre, wenn der Eigenthümer es bisher nicht benutzt hätte, da der Entscheidungsgrund dieses auf einen besondern Fall sich beziehenden Rescripts nicht ausdrücklich hierauf gestützt ist; es lehrt auch der Nachsatz, der zugleich den Grund der Entscheidung enthält: cum sit durum et crudelitati proximum ex tuis praediis aquae agmen ortum sientibus agris tuis ad aliorum usum vicinorum *injuria propagari*, daß das Gesetz dem Eigenthümer des Quellwassers gegen dessen Ableitung zur Wässerung ohne Servitut, — worauf das contra statutem consuetudinis formam cavere, und das injuria propagari gehen, — schützen

46) L. 11. §. 6. L. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) Dennoch ist auch dieses Gesetz in den Bülow u. Hagemannschen Erörterungen a. a. O. auf fließendes Wasser überhaupt bezogen.

sollte. Es bezieht sich also dieses Gesetz unstreitig auf ein Quellwasser, das frei abgelaufen war (profluere), und das der Eigenthümer zur Wässerung seiner Grundstücke benutzt hatte, das aber ein Dritter, ohne ein Servitut erlangt zu haben, und gegen den Willen des Eigenthümers auf seine Grundstücke ableiten wollte (propagari). Eben so wenig endlich dürften die Gesetze hierher zu rechnen seyn, welche rücksichtlich der Wasser-Benutzung auf die vetustas einen besondern Werth legen. Denn auch diese beziehen sich sämmtlich entweder auf die Servitut der Wasserleitung [47]), oder auf das dienende Verhältniß des niedriger gelegenen Grundstücks rücksichtlich der actio aquae pluviae arcendae [48]).

Sonach enthält das römische Recht für die Beurtheilung der angedeuteten rechtlichen Verhältnisse hauptsächlich nur jene beiden Grundsätze. Aus diesen aber lassen sich zwar für die Bäche und perpetuirlichen Wassergräben keine Folgerungen ziehen, weil die Gesetze, in denen jene Grundsätze ausgesprochen sind, sich nicht auf bereits fließendes Wasser ausdehnen lassen, sondern auf den Ablauf des auf des Eigenthü-

---

47) L. 3. §. 4. D. de aq. quotid. (43. 20.)

48) L. 1. §. 23. D. de aq. et aq. pluv. (39. 3.) wo es heißt: deinde ait conditionibus agrorum quasdam leges esse dictas: ut quibus agris magna sint flumina, liceat mihi sc. in agro tuo ageres vel fossas habere -- si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis servare — Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus, erit que ista quasi servitus. — L. 2. pr. eod., nach welcher inferior locus superiori servit lege, natura loci, vetustate, L. 2. §. 1—4 u. 7. eod., nach welchem der Besitzer des niedriger oder höher liegenden Grundstücks gezwungen werden kann, einen seit undenklichen Zeiten auf demselben befindlichen, dem Regenwasser zum Abflusse dienenden, Graben zu reinigen oder reinigen zu lassen.

ners Grundstücken entspringenden Quellwassers zu beschränken sind [49]), wohl aber für die unumschränkte Benutzung dieser Quellwasser. Denn da diese Gesetze solche Quellwasser voraussetzen, welche bereits abgelaufen sind [50]), und dennoch unbedingt, und ohne Rücksicht auf ein Zeitverhältniß, gestatten, daß der Nachbar die auf fremden Grundstücken entspringenden Quellen abgraben, und solche Vorrichtungen treffen könne, wodurch das Abfließen des auf seinem Grund und Boden entsprungenen Wassers verhindert werde, so folgt hieraus von selbst, daß der bloße Ablauf auch nach römischem Recht an sich keine Rechte und Verbindlichkeiten begründet.

Dies ist es, was meiner Ansicht nach, das römische Recht für die Beurtheilung der rechtlichen Eigenschaften des Quell-

---

49) Denn in den in der 4ten Anmerkung aufgeführten Gesetzen ist ausdrücklich vom Quellwasser die Rede; L. 10. Cod. de serv. et aqua (3. 34.) handelt von der servitus aquae ducentae, diese aber konnte nur vom Eigenthümer des Wassers eingeräumt werden, und sollte eigenthümlich nur vom capite aquae aus Statt finden, nach L. 9. D. de serv. pr. rust. (8. 3.) L. 2. §. 6. 7 u. 8. D. de aq. quotid. (43. 20.) die L. 2. §. 13. D. ne quid in loco publ. (43. 12.) endlich bezieht sich ebenfalls auf aquam, quae nullo jure defluebat.

50) Die L. 2. §. 13. D. ne quid in loc. publ. (43. 12.) handelt ausdrücklich von aqua quae defluebat; daß die L. 10. Cod. de serv. et aqua (3. 34.) ein gleiches Quellwasser voraussetzt, geht schon daraus hervor, daß von einem Zurückhalten des Wassers, welches des Nachbars Grundstück bewässert hatte, in derselben die Rede ist, so wie daraus, daß nach L. 1. §. 5 u. 6. D. de aqua quot. (43. 20.) die Wasserleitungsservituten ein ablaufendes Wasser voraussetzen; die L. 21. de aq. et aq. pluv. (43. 12.) endlich kann recht wohl von einem gleichen ablaufenden Wasser verstanden werden. Man vergl. auch die Anmerk. 8. zum I. Abschn. dieses Aufsatzes.

wassers dargibt. Da es indeß nur den unmittelbaren Ablauf des Quellwassers voraussetzt, so durfte die Anwendbarkeit jener Bestimmungen auf solches Quellwasser, welches den Anfang eines Baches oder Flusses begründet, nicht auszudehnen seyn, und hier vielmehr die Natur der Sache, wie sie sich nach Obigem darstellte, als Norm zu befolgen seyn.

Sollten aber von diesen rechtlichen Verhältnissen, wie sie Gesetz und Natur der Sache an sich an die Hand geben, Ausnahmen Statt finden, so kann dies, so wie bei den Flüssen und Bächen, nicht anders als auf dem Wege der Servituten-Begründung geschehen. Es würden aber affirmative Servituten durch Constituirung förmlicher Wasserleitungen begründet werden können; negative dagegen würden Statt finden, wenn der Eigenthümer des Quellwassers, welches bisher unter Verhältnissen, die an sich keine Rechte begründet haben würden, abgelaufen war, die Benutzung des Ablaufs dem niedern Grundstücksbesitzer ausdrücklich gestattete, oder wenn jener dasselbe zurückhielt, dieser ihm solches untersagte, und er sich dabei beruhigte.

IV.

Ueber Lachen.

Lachen nenne ich Behälter wilden Wassers, welche sich durch die Gewalt eines Flusses oder durch sonstige Auswüchse desselben gebildet haben. Bei diesen Lachen entstehen nicht selten die Fragen: wer sie befischen, und ob der Eigenthümer des Grund und Bodens, von welchem sie begrenzt werden, sie ausfüllen oder verschließen dürfe. Gemeinrechtliche Gesetze, welche diese Fragen mit Bestimmtheit entschieden, durfte es nicht geben. Man muß sie daher nach der Natur der Sache und nach Analogie ähnlicher Verhältnisse beurtheilen. Um aber hierbei den rechten Weg zu wählen, dürfte man von folgender Ansicht auszugehen haben.

Stehen von der Natur gebildete Sachen in keiner Beziehung zu einem Flusse, so sind sie an sich ohne Zweifel als Theile der angrenzenden Grundstücke zu betrachten. Alles kommt also darauf an, in wieweit die Beziehung zu einem Flusse hierin etwas ändere. Diese Beziehung kann aber eine doppelte seyn; denn es kann die Sache entweder durch den Fluß entstanden, und noch mit demselben verbunden, oder es kann diese Verbindung wieder aufgehoben seyn. So lange diese Verbindung dauert, so daß das Wasser und mit ihm die Fische perpetuirlich aus dem Flusse in die Sache und zurücktreten können, so lange ist auch der Grund und Boden, als ein vom Flusse bedeckter, und das bedeckende Wasser als Theil des Flusses anzusehen; daher denn auch dasselbe so lange den rechtlichen Verhältnissen des Flusses unterworfen bleibt [51]). Ist aber die Verbindung mit dem Flusse wieder

---

51) Dies unterstützen und bestätigen auch römische Gesetze. L. 30. §. 3. D. de adquir. rer dom. (41. 1.) si ager — inundatione fluminis occupatus esset (sive *paulatim* occupatus est *sive non paulatim*) sed eodem impetu recessu fluminis restitutus, ad pristinum dominum pertinet, flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privata in publicum addicant, et ex publico in privatum. L. 38. eod. L. 3. §. 17. D. de adquir. vel amitt. poss. (41. 2.) Labeo et Nerva filius responderunt: desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit. Etwas anderes ist es, wenn blos temporäre Ueberschwemmungen Statt finden. L. 1. §. 9. D. de flumin. (43. 11.) Aliter atque si flumen aliquam terram inundaverit, non alveum sibi fecerit, tunc enim non fit publicum, quod aqua opertum est. Jene Gesetze aber dürften allerdings auf den angedeuteten Fall Anwendung leiden, wenn auch deren Urheber an sich namentlich Erweiterungen des Flußbettes selbst vor Augen haben mochten (wie dies ausdrücklich in der L. 1. §. 5. D. eod. der Fall ist), da sie von einem allmählig oder mit Gewalt occupirten Stück Landes, und von einer Verwandlung des Grund und Bodens ex

aufgehoben, und somit das Ufer desselben hergestellt, so hört auch das Wasser von selbst auf, Theil des Flusses zu seyn, und wird somit Zubehör vom Grund und Boden, auf welchem es steht, weil dasselbe nur so lange, als es einen ungetrennten Theil des Flusses ausmachte, als solcher dessen rechtlichen Eigenschaften folgte [52]. Auch ist es dem Eigenthümer dieses Grund und Bodens unstreitig gestattet, jene Verbindung aufzuheben, oder auch die Sache selbst ganz auszufüllen, weil nicht nur der Natur der Sache nach es erlaubt seyn muß, den Fluß in seine natürlichen Grenzen zurückzuweisen, wenn diese durch ein außerordentliches Ereigniß unterbrochen sind, sondern auch ausdrückliche Gesetze es gestatten, die Ufer wieder herzustellen [53], wodurch dann die Sache von selbst aufhört, Theil des Flusses zu seyn. Dieses Rechtes aber kann der Eigenthümer des Grund und Bodens, außer dem Falle der übernommenen Verbindlichkeit, nur dadurch verlustig werden, daß der Fluß-Herr ihm

piavato in publicum reden, also nach dem zuletzt angezogenen Gesetze nicht von einer temporären Ueberschwemmung zu verstehen seyn können.

52) Dies liegt in der Natur der Sache, und läßt sich auch aus den in der vorhergehenden Note angeführten Gesetzen, so wie daraus abstrahiren, daß nach L. 1. §. 5. D. de flumin. (43. 11.) ripa flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens. Ceterum si quando vel imbribus vel mari vel qua alia ratione ad tempos excrevit, ripas non mutat. — Si tamen naturaliter creverit ut perpetuum incrementum nactus sit. — dicendum est, ripas quoque eum mutasse. Also was das Ufer hält, ist Fluß.

53) Titulus D. de ripa munienda. (43. 15) Auch gaben ja schon die Grundsätze von aqua profluens die Erlaubniß an die Hand, einzelne Wassertheile vom Flusse zu trennen, wenn dies nur geschieht, ohne den Fluß als solchen in seinem Laufe wesentlich zu stören.

diese Wiederherstellung untersagt, und er sich dabei beruhigt, da die bloße Benutzung des mit dem Flusse noch verbundenen Lachen-Wassers von Seiten des Fluß-Herrn nicht als Handlung in re aliena angesehen werden kann *).

*) Der Verf. hat der Redaction einen durch die in der Zwischenzeit erschienene Diss. von Günther de jure aquar. Lips. 1828. veranlaßten Nachtrag eingesendet, der aber erst im nächsten Hefte des Archivs abgedruckt werden kann.

Mittermaier.

Folgende Druckfehler im vorhergehenden Hefte des Archivs bittet man zu verbessern:

Seite 109 Zeile 7 v. u. hinter „beruht" fehlt **).
„ 111 „ 15 statt verweigern l. gestatten.
„ 113 hinter Z. 8 einen —